Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# XVI.

## Bruchstücke aus der Lehre von der Eintheilung, Benennung und Wirkung, der Decrete, der Fristen, und des Ungehorsams, in dem bürgerlichen Proceß.

Von demselben.

### §. 1.

Die richterlichen Decrete, Beschlüsse, Bescheide, sind:

A) decisiv, entscheidend, wenn sie über einen unter den Parteien vorwaltenden Streitpunct dergestalt absprechen, daß der Vollzug des Decrets die eine Partei in einen positiven Vortheil, die andere aber in einen solchen Nachtheil versetzen würde, m. a. W., wenn der Inhalt des Decrets einer Partei einen bestrittenen Vortheil zu- oder aberkennt. Man nennt sie Rechtssprüche, Sentenzen, Urtheile, Entscheidungen, Erkenntnisse, Decisa. Sie theilen sich

1) in Haupterkenntnisse, Endbescheide, Definitivurtheile, Abschiede u. dgl., wenn das Decret das endliche Resultat der Hauptstreitfrage ausspricht, d. h. den Beklagten entweder in das Object des Klaggesuchs verurtheilt, oder ihn von der Klage lossagt, unbedingt, oder bedingt, mit einem gesetzlichen Eide —

2) in Neben- oder Zwischenbescheide, auch entscheidende oder gemischte Interlocute, d. i. welche

1) Martin, in dem Lehrbuche des bürgerl. Proc. §. 103.

auf die Hauptſtreitfrage Einfluß habende Vorfragen und Nebenpuncte decidiren, z. B. über die Beweislaſt, über die Zuläßigkeit der Beweismittel u. drgl. Da nun ſolche Erkenntniſſe eines Theils entſcheidend ſind, andern Theils aber auch nur die Leitung und die fernere weite geſetzliche Entwickelung des Proceſſes bezwecken und vorzeichnen, als Vorbereitung auf die künftige Hauptentſcheidung, ſo nennt man ſie mixtas interlocutiones, oder auch interlocutiones, quae *vim sententiae definitivae* habent, oder auch sent. def. *in ventre* —

B) blos proceßleitende, oder eigentliche Decrete, interlocutiones *merae* (im Gegenſatze der Rechtsſprüche, Sentenzen u. ſ. w. lit. A.), d. h. welche keine Streitfrage entſcheiden, ſondern blos und allein den Proceß leiten, z. B. Ladungen, Mittheilungs- und Notificationsdecrete.

Ein weſentlicher Unterſchied zwiſchen den Decreten sub A et B iſt, daß erſtere unter dem Geſetze der Rechtskraft ſtehen [2]), letztere hingegen niemals rechtskräftig werden [3]).

§. 2.

Inſofern ein Decret proceßleitend iſt, ſey es interlocutio *mixta* oder *mera*, nennt man daſſelbe

1) monitoriſch, wenn es die ihm beſtimmte Handlung nicht zur Zwangspflicht macht, ſondern eine Partei nur in Kenntniß ihrer Befugniß ſetzt, weil deren Thätigkeit unterbleiben kann, ohne den Fortſchritt des Proceſſes zu ſtören, z. B. die Ladung: gegenwärtig zu ſeyn, wenn die Zeugen des Gegners vereidet werden — oder das Decret: Fragſtücke zu übergeben. Die Nichtbefolgung eines ſolchen Decrets hat nur einen ſtillſchweigenden

2) Abweichende Geſetzgebungen verlängern und verwirren die Proceſſe.

3) Martin, a. a. O. §. 108. 109.

Verzicht auf die im Decret angedeutete Befugniß zur Folge [4] —

2) arctatoriſch, im Fall das Decret eine Handlung gebietet, deren Unterlaſſung als Ungehorſam betrachtet werden ſoll, daher aber unmittelbar eine nachtheilige Folge für denjenigen hat, der das Decret nicht befolgte, z. B. die Auflage, auf eine gegneriſche Behauptung zu antworten [5]. Das arctatoriſche Decret iſt nun entweder

a) blos dilatoriſch, wenn die gebotene Handlung zwar nicht verloren iſt, aber die allgemeine Folge des Ungehorſams eintritt, d. h. Koſtenerſatz [6] — oder

b) peremtoriſch, falls die Nichtbefolgung den Verluſt des Rechts, die gebetene Proceßhandlung zu vollziehen, den fingirten Verzicht auf ſolche, zur Folge hat, auch wohl überdieß, neben Koſtenerſatz, noch eine beſtimmte nachtheilige Folge des Ungehorſams, z. B. fingirtes Geſtändniß, Verſäumniß des Beweiſes [7].

§. 3.

Jedes arctatoriſche Decret ſetzt aber voraus, daß zur Vollziehung der in ihm gebotenen Proceßhandlung entweder

a) ein Zeitraum, eine Friſt, ein terminus *intra quem*, wenigſtens bezugsweiſe auf das Geſetz, ausdrücklich beſtimmt worden ſey, oder

b) ein beſtimmter Tag, eine Tagfahrt, ein Termin im ſpeciellen Sinne.

Gemeinem Rechte nach iſt nicht die erſte Friſt, oder die erſte beſtimmte Tagfahrt, peremtoriſch, ſondern erſt das dritte Decret nimmt die peremtoriſche Natur an. Doch kann der Richter in einem Decret drei einfache Friſten

---

4) S. §. 9. S. 199. nr. 1. Vergl. Nov. 90. cap. 9.

5) S. §. 9. S. 199. nr. 2.

6) S. §. 9. S. 200. nr. 3.

7) S. §. 9. S. 200. nr. 3.

zuſammenfaſſen, und ſo dem erſten Decret ſofort die peremtoriſche Eigenſchaft geben [8]).

Auch iſt der Nachtheil, welcher den Ungehorſamen treffen ſoll, in dem peremtoriſchen Decret ausdrücklich und verſtändlich — nicht vage hin durch das generelle: *sub praejudicio* — anzudrohen [9]), oder es iſt, wenn denſelben ein Geſetz ausdrücklich, klar und vollſtändig, beſtimmt, wenigſtens auf dieſes hinzudeuten, z. B. „bei Vermeidung des geſetzlichen Rechtsnachtheils.“

Die Worte der Decrete ſind nicht immer ſo beſtimmt und deutlich, um aus ihnen die monitoriſche oder arctatoriſche Qualität zu entnehmen. Im Zweifel iſt dann die geringere Eigenſchaft eines Decrets, oder der in dieſem beſtimmten Friſt u. dgl., anzunehmen, d. h. eher monitoriſch, als arctatoriſch, eher dilatoriſch, als peremtoriſch. Denn Friſten ſind kein abſolut weſentlicher Beſtandtheil des Proceſſes; ſie gehören nur zu den Formalien, deren Daſeyn ſo wenig zu vermuthen iſt, als es der Gunſt des rechtlichen Gehörs und der Vertheidigung entſpricht, eine Proceßhandlung ohne klaren legalen Willen für verſäumt zu achten, und dem Unthätigen noch einen beſondern Nachtheil aufzulaſten [10]).

## §. 4.

Friſt iſt der Zeitraum, innerhalb welchem eine Partei legal thätig werden ſoll [11]). Die Friſten theilen ſich

1) in geſetzliche oder Ordnungsfriſten, d. i. welche der Buchſtabe des Geſetzes, die Proceßordnung, vorzeichnet, oder die ein gerichtliches Gewohnheitsrecht erwieſenermaßen feſtgeſtellt hat;

8) L. 53. §. 1. D. 42. 1., L. 8., 9. Cod. 7., 43. L. 68. 70. 72. 73. Dig. 5. 1.

9) L. 71. D. 5. 1.

10) Reg. 15. in 6to de regulis juris. 5. 12.

11) Vergl. Martin, a. a. O. §. 116. ibi all.

2) in richterliche Fristen, welche nur von dem Richter in einem Decret vorgeschrieben werden sollen;

3) in gemischte Fristen, welche zwar das Gesetz verordnet, jedoch mit der Bedingung, daß sie der Richter den Parteien ausdrücklich vorzeichnen soll, z. B. die Beweisfrist;

4) in conventionelle Fristen, d. h. welche durch ein Compromiß der Parteien verabredet werden.

Sämtliche diese Fristen sind ihrer Wirkung nach, eben so wie die Decrete, entweder monitorisch oder arctatorisch — und diese sind entweder dilatorisch, oder peremtorisch. §. 2. Letztere nennt man auch Präclusiv-Fristen, weil sie den Säumigen mit der gebotenen oder nachgelassenen Proceßhandlung ausschließen. Erwähnt wurde bereits §. 3. daß gemeinem Recht nach erst die dritte Frist diese Eigenschaft annehmen soll.

§. 5.

Die peremtorische oder zerstörende Frist, Präclusiv-Frist, wird genannt:

1) ein Fatale, im reinen speciellen Sinn, ein unbedingtes Fatale, eine absolute Nothfrist, wenn sie das Gesetz direct und so anordnet, daß sie stillschweigend, auch ohne richterliches Decret, mit dem Daseyn einer Proceßhandlung für den Vollzug einer andern nachfolgenden Proceßhandlung eintreten und laufen soll, z. B. die zur Einwendung der Rechtsmittel vorgeschriebene 10tägige Nothfrist [12]) —

2) ein *Fatale secundum quid*, gemischte Nothfrist, bedingtes Fatale, wenn sie ein Gesetz zwar bestimmt, jedoch so, daß sie vor ihrem Eintritt und Lauf von dem Richter in einem Decret erst ausdrücklich als peremtorisch §. 3. S. 193. ausgesprochen und vorgezeichnet werden soll—

3) eine blos richterlich peremtorische Frist, d. i. deren Vorschrift und Bestimmung als zerstörend blos

12) Martin, a. a. O. §. 109.

dem Proceß-Directions-Amt des Richters von dem Geſetz überlaſſen iſt, beſonders auch in Rückſicht auf den Zeitraum, welchen die Friſt umfaſſen ſoll.

§. 6.

Die conventionellen, compromiſſariſchen, vertragsmäßigen, Friſten erhalten ihre Eigenſchaft, ob dilatoriſch oder peremtoriſch, durch die eigene Willensbeſtimmung der compromittirenden Intereſſenten, und ſind, bei dem Mangel einer klaren Willensäußerung der Parteien, nur dann für peremtoriſch anzuſehen, wann das Compromiß über eine peremtoriſche Friſt geſchloſſen wurde, z. B. über Verlängerung oder Verkürzung einer vom Geſetz oder von dem Richter bereits vorgeſchriebenen peremtoriſchen Beweisfriſt.

§. 7.

Von der Verlängerung einer Friſt gelten folgende geſetzliche allgemeine Regeln:

1) das reine Fatale, §. 1., darf der Richter ohne Conſens der Parteien weder verkürzen, wenn nicht ausdrücklich geſetzliche Erlaubniß hierzu gegeben iſt [13]), noch verlängern [14]). Denn jede Partei hat ein *jus ex lege quaesitum* auf dieſe Friſt. Durch Compromiß der Parteien kann aber auch jene abſolute Nothfriſt verkürzt oder verlängert werden; doch ſoll der Richter im letzten Fall Schranken ſetzen dürfen [15]).

2) Das fatale secundum quid, §. 5., kann der Richter auch auf einſeitiges Anrufen zwar erſtrecken [16]), nicht aber verkürzen. Denn letztes wäre eine geſetzwidrige Beenguug der Rechtsverfolgung [17]). Die Parteien hingegen kön-

13) Cap. 5. X. 2. 28.

14) Kamm. G. O. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 29. §. 2.

15) L. 5. §. 6. C. 7. 63. Clem. 4. de app. 2. 12. Die C. G. O. ſetzt §. 2. cit. nur einſeitiges Anrufen voraus.

16) L. 4. §. 5. Dig. 42. 1.

17) *Voetius*, in Comm. in Pand. L. 2. Tit. 12. §. 12.

nen dieſelbe durch Compromiß ſowohl verlängern, als kürzen, da ihnen beides ſelbſt in Anſehung der unbedingten Fatalien erlaubt iſt [18]). Endlich

3) die blos richterlichen Friſten ſind der Verlängerung und Verkürzung, ſowohl von dem Richter [19]), als durch das Compromiß der Parteien, unterworfen [20]).

Im Fall der Richter um die Verlängerung einer Friſt angerufen wird, ſoll er vor Ertheilung einer weitern Friſt *causae cognitionem* vorangehen laſſen, hauptſächlich bei der zweiten und dritten Friſt; wenigſtens ſoll er der nachſuchenden Partei ein juramentum calumniae auflegen [21]).

Die Verlängerung einer Friſt kann auch ſtillſchweigend geſchehen [22]), und im Zweifel wird ſie für geſtattet geachtet. Denn auch hier tritt das Princip ein, daß obgleich die Friſten für die Ordnung des Proceſſes und deſſen möglichſt ſchnelle Beendigung weſentlich ſind, ſie doch nur Form-Eſſentialien und, inſofern ſie die Rechtsverfolgung beſchränken, in den Geſetzen nicht begünſtigt ſind, daher im Zweifel ein Verſäumniß nicht vermuthet werden darf. §. 3. S. 193.

§. 8.

Die in einem Deciſiv-Erkenntniß erkannte Friſt fängt erſt mit dem Eintritt der Rechtskraft dieſes Erkenntniſſes zu laufen an, z. B. die in einem publicirten Erkenntniß vorgeſchriebene Beweisfriſt von Vier Wochen erſt von dem 10ten Tag nach der Publication des Beweis-Interlocuts, ſo daß zur Beweisantretung zehn Tage und vier Wochen offen ſtehen. Ehe nämlich die Rechtskraft eingetreten iſt, iſt die Sentenz ſelbſt noch ohne alle Wirkung, und als

18) Vergl. nr. 1. mit L. 21. Dig. 50. 17.
19) L. 2. Dig. 42. 1.
20) Vergl. überhaupt L. 1. sqq. C. de dilat. 3. 11. Thibaut, §. 1131. Glück, §. 265. f.
21) R. A. v. J. 1584. §. 50., 1654. §. 38. 50.
22) Martin, a. a. O. §. 297.

*res judicata* nicht vorhanden [23]). Die in einem insinuirten bloßen Decret (interloc. mera) vorgeschriebene Frist zum Vollzug einer Proceßhandlung wird so berechnet, daß man mit dem ersten Tag nach der Insinuation mit Eins zu zählen anhebt und der letzte Tag der Frist diesen ganzen Tag umfaßt.

Die Zeitdauer einer Tagfahrt ist die Dauer des Gerichtstages, gewöhnlich bis 4 oder 5 Uhr des Nachmittags, d. h. im Fall die Ladung die Stunde des Erscheinens nicht speciell bezeichnet, so hat der vor Ablauf jener Tageszeit sich Meldende noch nichts versäumt — es ist noch rechtsfrühe Tageszeit. Soll jedoch ein Eidschwur geleistet werden, so schließt sich die Tagfahrt mit 12 Uhr. Alle Eide sollen nämlich Vormittags abgeschworen werden, damit der Schwörende noch nüchtern sey, d. h. mit Speise und Trank sich nicht so überladen habe, daß seine Ueberlegung darunter leide. Vielleicht sah man hierbei vorzüglich auch hin auf die Gerichtspersonen. Der Lauf der angehobenen Frist, ist nach der Verfassung der an allen Werktagen offen stehenden Gerichte, ein tempus continuum — mit Einschluß der göttlichen Feiertage [24]).

## §. 9.

Der gesetzliche Befehl: daß die Thätigkeit der Parteien in einem eröffneten Proceß geregelt und in Fristen eingeengt seyn solle [25]), bezweckt Beförderung der Justizpflege, und ist in sofern ein staaatsrechtliches Princip. Eben deshalb bedrohen die Gesetze denjenigen, welcher zur vorgeschriebenen Zeit die befohlene Handlung gar nicht, oder doch nicht gehörig, vollziehet, unthätig oder illegial thä-

---

23) Das Nähere künftig.

24) Glück, Erläut. der Pand. §. 269. a.

25) Man verbinde hiermit Martin's Lehrb. des teutschen bürg. Processes. §. 117. 118.

tig, d. h. ungehorſam iſt [26]), mit Nachtheilen, jedoch der Regel nach zum Vortheil des Gegners, ſo daß die Natur einer Privatſtrafe ſich zeigt. In Hinſicht auf Nebenperſonen, z. B. Vormünder u. ſ. w., ſind ſelbſt öffentliche Strafen der Unthätigkeit und Verſäumniſſe denkbar [27]), und manche Landesgeſetze bedrohen auch die Parteien mit Geldbußen, wenn ſie nicht erſcheinen würden u. dgl. Von dieſen öffentlichen Strafen abgeſehen geben uns die Geſetze kein allgemeines Princip, von welchem Geſichtspunkt aus die Folgen der Unthätigkeit im Proceß, d. h. die Nichtbefolgung richterlicher Decrete innerhalb der geſetzlichen, richterlichen oder gemiſchten, Friſt, aufzufaſſen ſeyen, ob als Strafe u. dgl. Manche wollten den auf den Ungehorſam folgenden Verluſt einer proceſſualiſchen Handlung, z. B. den Verluſt der zur legalen Zeit nicht vorgeſchützten Einrede, den Verluſt des verſäumten Beweiſes u. dgl., als eine Art Extinctiv-Verjährung betrachten, bei welcher die Friſt an die Stelle der Verjährungszeit trete; andere betrachten jene Folge als *poena*; während das Verjährungsprincip am wenigſten den Fällen entſpricht, in welchen der Ungehorſame nicht blos die unterlaſſene Handlung verliert, ſondern noch einen andern Nachtheil leiden muß, wenigſtens Koſtenerſatz, auf die *poena* hingeſehen aber ein dieſer ähnlicher Nachtheil auf die Unthätigkeit nicht immer folgt, ſondern nur die Handlung, wohl ohne alle Folgen, verloren gehet. Eine dritte Anſicht kam daher auf das Princip: a) Nichtbefolgung eines monitoriſchen Decrets ſpreche nur ſtillſchweigenden Verzicht aus, b) die Folge der Nichtbefolgung eines arctatoriſchen Decretes hingegen ſey *poena*. Gönner [28]) tadelt dieſes Doppel-

26) *Schaumburg*, in pr. prax. jud. L. 1. S. 1. M. 2. Cap. 1. §. 3. Not. **.

27) Z. B. Reichsdep. Abſch. v. Jahr 1600. §. 95.

28) In dem Handb. Thl. 1. Abh. 2. S. 1. Grolman, Theorie des ger. Verf. in b. Rechtsſt. §. 130.

principp, und will alles blos auf Verzicht zurückführen, weil jede Unthätigkeit einer Partei von deren freiem Dispositionsrecht ausgehe. Allein so richtig dieses letzte Princip ist, und so gewiß der Zwang der Partien nur hypothetisch sich zeigt, so wenig wird hierdurch aufgehoben, daß die gesetzliche Androhung eines besondern Nachtheils der Unthätigkeit eine Strafe genannt werden könne. Offenbar reicht das bloße Verzichtsprincip nicht überall aus — nicht einmal der fingirte Verzicht. Denn es wird a) häufig im Gefolge des Ungehorsams eine Handlung gar nicht für verzichtet, vielmehr für geschehen angenommen [29]), und b) häufig gehet die Handlung selbst gar nicht verloren, sondern nur Kostenerstattung ist die Folge, und der Säumige kann die Handlung noch so nachholen, wie er sie vor diesem Nachtheil der Kostenerstattung vollziehen können [30]). Folgender Unterschied möchte vielleicht zur Klarheit führen:

1) Die Nichtbefolgung eines monitorischen Decrets ist gar kein Ungehorsam, sondern nur stillschweigender Verzicht, ohne alle directe nachtheilige Folgen, außer diesem Verzicht selbst. Hier ist also das Strafprincip gänzlich ausgeschlossen, nicht einmal Schadensersatz, Kostenerstattung, begründet sich — der Gegner muß sich die Unthätigkeit gefallen lassen, ohne ein anderes Recht als das zu erwerben, daß der Unthätige auf jene ihm möglich gewesene Thätigkeit verzichtete.

2) Die Nichtbefolgung eines arctatorisch-dilatorischen Decretes ist schon Ungehorsam zu nennen; denn der Unthätige läßt nicht blos eine gerichtliche Erlaubniß unbenutzt, sondern einen gerichtlichen Befehl unbe-

---

29) Z. B. die Einlassung auf die Klage.

30) Z. B. die Einlassung auf die Klage vor dem sie gebietenden peremtorischen Decret.

folgt. Allein dieſe contumacia hat dennoch keine Strafe im eigentlichen Sinn zur Folge, iſt noch nicht einmal ein fingirter Verzicht, indem die unterlaſſene Handlung nicht für aufgegeben und verloren geachtet wird, ſondern noch vollzogen werden darf; ihre Folge iſt vielmehr nur Schadenserſatz, d. i. Erſatz der Koſten, welche durch die Unthätigkeit und das deshalb nöthig werdende weitere Decret u. ſ. w. veranlaßt wurden. Dieſen Schadenserſatz nennt man jedoch die allgemeine Strafe des Ungehorſams — poenam *generalem* contumaciae.

3) Die Nichtbefolgung eines peremtoriſchen Decrets iſt Ungehorſam im ſpeciellen Sinn. Sie hat a) fingirten Verzicht zur Folge, d. h. das Geſetz nimmt ſelbſt wider den Willen des Säumigen an, er habe auf die unterlaſſene Handlung Verzicht geleiſtet, ſo daß dieſe, ohne vorgängige Wiedereinſetzung in den vorigen Rechtsſtand, verloren bleibt, und b) resp. noch einen beſonderen Nachtheil zur Folge hat, welcher dem Gegner einen poſitiven Vortheil zuführt, und alſo die volle Natur einer Privatſtrafe annimmt [31]). Jene fictio und dieſe Privatſtrafe nennt man die beſondere Strafe des Ungehorſams — poenam *specialem* contumaciae.

4) Wenn die Nebenperſonen eines verſchuldeten Verſäumniſſes wegen ohne Nachtheil ihrer Conſtituenten in Strafe genommen werden, z. B. im Proceß nachläßige Vormünder, oder Anwälte, weil ſolche ohne Legitimation verhandelten u. dgl., oder auch die Parteien ſelbſt in den Fällen, in welchen ihnen der Vollzug einer Proceßhandlung unter Androhung einer fiscaliſchen Strafe geboten wurde [32]), ſo tritt dieſes gänzlich unter das Princip der öffentlichen Strafe, und jeder Anſchein eines Verzichts fällt hinweg.

---

31) Z. B. Verluſt aller peremtoriſchen Einreden, wegen unterlaſſener Litisconteſtation.

32) Z. B. in Perſon zu erſcheinen.

Den Hülfsgesetzen [33]) liegt in Hinsicht auf arctatorische, wenigstens auf peremtorische Decrete, allerdings die Ansicht zum Grund, daß die Folge des durch deren Nichtbefolgung verschuldeten Ungehorsams eine *poena* sey; und wenn der Reichsabsch. v. J. 1654. §. 36. die Pön der Acht und Immission gegen den nicht erscheinenden und nicht antwortenden Beklagten aufhebt, an diese Stelle aber §. 37. die Strafe der Präclusion mit den Einreden setzt, so ist jene Ansicht des Hülfsrechts offenbar mehr bestätigt, als durch jene, ohnehin einzelne, Verordnung aufgehoben, so wie auch eben jenes Reichsgesetz a. a. O. offenbar keinen stillschweigenden Verzicht des Beklagten auf die Litiscontestation verordnet, sondern vorschreibt: man soll annehmen, fingiren, der Beklagte habe geantwortet, jedoch verneinend — zur Strafe aber soll er mit peremtorischen Einreden sich nicht vertheidigen dürfen. Dieses ist der positive Gewinn, welchen der Kläger aus dem Ungehorsam seines Gegners ziehen kann. Eine neue Gesetzgebung würde mit dem Gönnerischen bloßen Verzichts-Princip deshalb nicht auslangen, weil ja aus dem bloßen Verzicht, ohne eine bestimmte nachtheilige Folge dieses Verzichts, etwas der Proceßentwickelung Behufiges sich nicht hernehmen ließe, vielmehr jener Verzicht des unthätigen Theils die Last der thätigen Partei nur erhöhen könnte. Auch dürfte der Säumige gegen stillschweigenden Verzicht nur protestiren, um den Proceß in das Unendliche zu verschleifen.

## §. 10.

Insoweit nun die Unthätigkeit einer Partei eine Illegalität, Ungehorsam, zunennen ist, §. 9. nr. 2. 3. 4., eine Nichtachtung, und so Verachtung, des befehlenden gesetzlichen Willens ausspricht, in so weit ist auch der Eintritt des Nachtheils, welcher den Ungehorsamen treffen

33) S. Martin, a. a. O. §. 117. ibi all.

soll, damit bedingt, daß diesem wenigstens eine Culpa imputirt werden könne. So oft er also zu zeigen vermag, die ihm gebotene Handlung sey nicht Wille des Gesetzes, sey vergeblich u. s. w., kann auch die Unterlassung nicht als Ungehorsam angesehen werden [34]). Noch weniger, wenn das gebietende Decret selbst nichtig ist, z. B. von einem incompetenten Richter erlassen. Auch müssen die Grundbedingungen der Gewißheit des Willens, die Handlung zu unterlassen, außer Zweifel liegen, mithin die legale Bekanntmachung oder Insinuation des verfügenden Decrets. Deshalb sind Registraturen über Publication und resp. Insinuation nothwendig, und deshalb muß das gebietende Decret die Zeitfrist, oder die Tagfahrt, namentlich, oder durch Hindeutung auf das Gesetz, und zwar dem Gesetz gemäß, deutlich bestimmen, innerhalb oder an welcher die Handlung zu vollziehen sey. Auch ist es ungerecht, die Culpa eines solchen Mandatars zu verbüßen, welchen man nicht mit Freiheit, sondern vermöge Vorschrift der Gesetze wählte, weshalb wenigstens eine rest. in integrum begründet ist, wenn der öffentliche Procurator ohne alle Schuld des Principals ein Versäumniß verschuldet [35]), so wie der Beweis eines physischen zufälligen Hindernisses, die Handlung zu vollziehen (Ehehaften) die Imputation ausschließt, z. B. Krankheit u. dgl. [36]). Sind jedoch alle äußere Bedingungen der Imputation vorhanden, ein rechtsgültiges, klar und gesetzmäßig gebietendes, auch in Ansehung der Bekanntmachung allem Zweifel enthobenes Decret, nebst dem Ablauf der in diesem deutlich und gesetzlich vorgeschriebenen Frist, ist auch der Befehligte imputationsfähig, so wird,

---

34) Z. B. die Unterlassung der Litiscontestation, im Fall die vorausgeschickten Einreden die Klage wirklich verwerflich machen. Archiv, B. 1. S. 455.

35) S. d. Arch. B. 4. Abh. 12. S. 115. f.

6) L. 2. §. 3. Dig. si quis caution. 2. 11.

weil das illegale factum externum vorliegt, der illegale Wille, oder die Culpa des Unthätigen, vermuthet (contumacia praesumta), bis er zeigt, die Unthätigkeit sey ihm dennoch nicht zu imputiren, er sey dessenungeachtet nicht contumax. Im Zweifel, ob die Bedingungen des Ungehorsams und dessen Nachtheils vorhanden seyen, ist jedoch für den Beschuldigten zu sprechen, nach dem allgemeinen Princip: in dubio pro reo, und weil Versäumnisse und deshalb zu erleidende Nachtheile ihrer Natur nach mehr Haß der Gesetze wider sich, als Gunst für sich haben. Man fordert daher keinen strengen Beweis der Ehehaften, begnügt sich wohl mit eidlicher Erhärtung ihrer Wahrheit, wobei jedoch die Regel: Fatua causa excusat a contumacia, in den Gesetzen nicht gegründet und ein falsches Princip ist [37]).

§. 11.

Die nachtheilige Folge des Ungehorsams nennt man

1) poena *generalis*, in sofern sie bei jeder Nichtbefolgung aller arctatorischen Decrete, auch der dilatorischen, eintritt. Diese allgemeine Folge ist Kostenerstattung. §. 9. nr. 2. Das Wort *poena* ist also hier nur im allgemeinen Sinn zu nehmen, so wie es auch in der Lehre von den Proceßkosten zu deuten ist [38]) —

2) poena *specialis*, in sofern der Ungehorsame, außer und neben dem Kostenersatz, noch einen andern Nachtheil erleiden soll. Dieser Nachtheil ist bei den verschiedenen Proceßhandlungen verschieden, und einzeln da zu gedenken, wo von der Unterlassung einer solchen Proceßhandlung die Rede ist. Derselbe besteht z. B. in dem fingirten Verzicht auf die Handlung, in dem Verlust der Einreden, der Beweismittel, in einer fictio confessionis, recognitio-

37) *Leyser*, spec. 35. med. 1. *Pufendorf*, T. 1. obs. 31. ibi all.

38) M. Handb. zu Martin's Lehrb. des bürgerlichen Proceſſes. Thl. 1. Abh. 6. S. 243. ff.

nis etc. Er folgt nur auf ein peremtorisches, d. h. eine peremtorische Frist zu einer Proceßhandlung vorschreibendes Decret, und da er die Natur einer Strafe hat, so ist das Princip für richtig zu achten, „daß diese Strafe ohne vorgängige ausdrückliche Androhung, wenigstens durch Erinnerung an das Gesetz, nicht zu erkennen sey.“ Diese Androhung ist aber schon deutlich genug, wenn der Richter die vorgeschriebene Frist als peremtorisch bezeichnet, z. B. „binnen vier Wochen zerstörender Frist,“ oder auf das Gesetz sich beziehet, z. B. „binnen Ordnungsfrist,“ d. h. binnen der in der Proceßordnung vorgeschriebenen Frist. Dadurch ist der im Gesetz angedrohte Nachtheil des Versäumnisses zugleich mit ausgesprochen (relative Deutlichkeit) —

3) die poena *publica* §. 9. nr. 4. ist ganz nach den Principien des Strafrechts zu beurtheilen. Bestimmt sie das Gesetz, so bedarf sie nicht einmal der richterlichen Androhung, es hätte denn das Gesetz auch diese verordnet. Ist sie rein arbitraria, so muß ihre Androhung und Benennung vorausgehen.

§. 12.

*Accusatio* contumaciae ist der Vortrag einer Partei, mittelst welchem sie behauptet: die Gegenpartei habe eine obliegende Proceßhandlung unterlassen, oder nicht legal vollzogen, mit dem Gesuch: „der Richter möge gegen die säumige Partei den von dem Gesetz, oder in einem vorgängigen Decret, angedrohten Rechtsnachtheil zum Vortheil des Imploranten aussprechen.“ Wer aber den Gegner des Ungehorsams beschuldigen will, der muß seiner Seits alles ihm selbst Obliegende legal vollzogen haben, weil sonst culpa und mora sich gegenseitig compensiren. Es wird nämlich hier Schadensersatz und Privatstrafe vorausgesetzt, und in diesem Verhältniß ist diese Compensation den Gesetzen gemäß [39]) Unanwendbar aber ist

39) Handb. 2. M. Abh. S. 242. f. Note 131.

dieſe Regel auf die poena *publica* §. 9. nr. 4., weil dieſe dem Staat gebührt, und deſſen Strafrecht durch eine culpa des Gegners des Sträflings nicht verhindert oder aufgelöst werden kann, vielmehr beide zugleich in die öffentliche Strafe verfallen können [40]). Wenn alſo, auf jenes Privatverhältniß der Parteien zu einander hingeſehen, jedem Theil etwas zu vollziehen aufgelegt iſt, ſo kann keiner den andern des Ungehorſams beſchuldigen, ſo lange er ſelbſt ungehorſam iſt. Inſonderheit zeigt ſich dieſes bei dem Ausbleiben beider Theile in einem Termin, zu welchem beide arctatoriſch geladen waren. Dieſer Termin iſt *circumductus*, und es iſt ein anderer Termin zu der nämlichen Handlung auszuwirken. Die Unkoſten des verſäumten Termins haben beide Säumige gemeinſchaftlich zu tragen [41]).

## §. 13.

Die Regel: *contumacia non accusata non nocet*, hat den Sinn: „im Fall der ſäumige Theil, zwar nach abgelaufener Friſt, jedoch *ante* accusationem contumaciae, das Verſäumte noch nachholt, ſo werde angenommen, er habe die Handlung noch zu rechter Zeit vollzogen.“ Sie ſpricht alſo das Princip aus: *mora ante interpellationem purgata non nocet* [42]). Allein bei den Fatalien iſt dieſe Regel ausgeſchloſſen, weil es hier heißt: *dies legalis interpellat pro homine*. Man muß jenes Princip auf die blos richterlichen Friſten beſchränken, und es iſt auch der Satz unrichtig [43]), „daß im letzten Fall die purgatio contumaciae ſelbſt nach der *accusatio* geſchehen könne, ſo lange nur der Richter die Folge des Ungehorſams noch nicht ausgeſprochen habe.“ Die accusatio contuma-

40) Z. B. beide Parteien bei Strafe geladen ſind ungehorſam.

41) Danz, §. 468.

42) Thibaut, Pand. R. §. 104.

43) Martin, a. a. O. §. 118.

ciae ist der *interpellatio* eines Säumigen gleich, und mit ihr treten die Folgen der mora ein — der Gegner erhält ein jus quaesitum auf diese Folgen [44]).

## XVII.

## Wird ein nach dem positiven Gesetz wegen Mangel gebotener Förmlichkeiten nichtiges Rechtsgeschäft dadurch gültig, daß es die Bestätigung des Regenten erhält?

Von einem Ungenannten.

Vor dem obersten Gericht der freien Stadt Frankfurt wird gegenwärtig ein Rechtsstreit verhandelt, der auf der einen Seite schon an sich nicht unwichtig ist für alle Länder, in denen früher das französische Gesetzbuch gegolten hat, auf der andern Seite aber auch um deswillen die Aufmerksamkeit aller Freunde des vaterländischen Rechts verdient, weil er die zarte Frage berührt: In wiefern darf das Staats-Oberhaupt in einzeln bürgerlichen Rechtsangelegenheiten verfügen? Hier ist näher die Hauptstreitfrage diese:

> Wurde ein Act, welcher nach dem französischen Gesetzbuch wegen Mangel an Förmlichkeiten nichtig war, dadurch gültig, daß er die Bestätigung des Regenten erhielt?

Veranlassung zu dem Rechtsstreit gab folgende Urkunde:

„Nachdem ich Philipp Heinrich Fleck den Entschluss gefaßt habe, mein durch Fleiss und göttlichen Segen auswärts erworbenes Vermögen, in soweit ich solches nicht schon bei meinem Leben zum Besten der Armen verwendet habe, nach meinem Tod dieser Classe meiner Nebenmenschen, deren Lage ich aus Erfahrung meiner eigenen

44) Thibaut, a. a. O.